

Cámara Apelaciones de Gualaguaychú - Sala Primera Civil y Comercial
AUTOS:- "EGUIBAR NATALIA VERÓNICA C/ TELECOM ARGENTINA S.A. S/
ORDINARIO (CIVIL)". Expte. Nº 5713/C.
Juzgado Primera Instancia Civil y Comercial Nº 1. Gualaguaychú.

/// -C U E R D O:-

En la ciudad de Gualaguaychú, Provincia de Entre Ríos, a los veintinueve días del mes de diciembre del año dos mil diecisiete, se reúnen los Señores Miembros de la Excma. Sala Primera Civil y Comercial de la Cámara de Apelaciones de Gualaguaychú, Dres. Ana Clara Pauletti, Gustavo A. Britos y Guillermo Oscar Delrieux, para conocer del recurso interpuesto en los autos caratulados:- **"EGUIBAR NATALIA VERÓNICA C/ TELECOM ARGENTINA S.A. S/ ORDINARIO (CIVIL)"**, respecto de la sentencia de fs. 212/219. De conformidad al sorteo oportunamente realizado, la votación tendrá lugar en el siguiente orden:- Sres. Vocales Dres. GUILLERMO OSCAR DELRIEUX, GUSTAVO A. BRITOS y ANA CLARA PAULETTI.

Estudiados los autos la Excma. Sala propuso las siguientes cuestiones a resolver:-

¿Es justa la sentencia apelada? En su caso, ¿qué corresponde decidir?

A LAS CUESTIONES PROPUESTAS EL SR. VOCAL DR. GUILLERMO OSCAR DELRIEUX, DIJO:-

1.- En la sentencia recaída a fs. 212/219, la Señora juez *a quo* a quo hizo parcialmente lugar a la demanda promovida por NATALIA VERÓNICA EGUIBAR, condenando "TELECOM ARGENTINA S.A." a abonarle la suma total de \$ 40.000,00, estimada al 30 de noviembre de 2011 (daño moral \$ 15.000,00; lucro cesante \$ 15.000,00 y multa civil \$ 15.000,00), con más la tasa activa de interés que percibe el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones ordinarias de descuento de documentos hasta su efectivo pago, otorgando el plazo de DIEZ DÍAS para su cumplimiento; impuso las costas a la vencida y reguló honorarios.

Para así decidir, la judicante de grado encontró que los elementos de prueba incorporados al juicio permitían corroborar el incumplimiento contractual endilgado a la compañía telefónica demandada, sin que ésta hubiere demostrado la defensa esgrimida, esto es la imposibilidad de brindar el servicio, calificando de infundada la postulación formulada. En cuanto a los daños reclamados, haciendo hincapié en la relación de consumo que ligaba a las partes (arts. 42 de la Constitución Nacional y 1 LDC), estimó procedente el daño moral pretendido y haciendo uso de la facultad contemplada por el art. 162 del CPCyC, fijó su resarcimiento en la suma de \$ 10.000,00. Respecto al lucro cesante, observó acreditada la actividad comercial de la accionante, así como la

imposibilidad de concretar operaciones de venta mediante tarjetas de crédito y débito por la falta de instalación del postnet, precisando que pese a la ausencia de datos que permitieran cotejar los períodos anteriores y posteriores con el que no se contó con dicho dispositivo, entendió justo y razonable conceder el importe de \$ 15.000,00. En base a lo informado por la perito contadora desestimó la condonación del servicio telefónico de la línea especificada; no admitiendo tampoco por falta de prueba el reintegro de la suma de \$ 500,00 por el servicio de telefonía celular. Finalmente y por advertir verificados los presupuestos que hacen a su admisibilidad, reconoció la suma de \$ 15.000,00 en concepto de daño punitivo.

2.- Contra lo resuelto se alza la demandada perdidosa (fs. 223); concediéndose el recurso a fs. 228, libremente y con efecto suspensivo.

3.- En el memorial de fs. 241/244, el Dr. PEDRO BELTRÁN DELFINO, que actúa en representación de "TELECOM ARGENTINA S.A." (copia de Poder General para Juicios de fs. 126/132), ciñe el objeto de su reproche a los rubros indemnizatorios admitidos. Luego de repasar los argumentos brindados por la *a quo* para receptor los ítems en cuestión, entiende que el daño moral ha sido concedido en forma arbitraria y sobre la base de meras inferencias referidas a molestias, angustias y zozobras que no fueron alegadas por la accionante, ni mucho menos probadas. Puntualiza que se ha efectuado una aplicación abusiva de las cláusulas del estatuto consumeril y que la *a quo* ha subsanado la pobreza argumental y probatoria incurrida por la reclamante, postulando la aplicación del precedente de esta alzada "ARÉVALO" (Nº 3813/C). Tocante al lucro cesante, asevera que la condena se sustenta en razonamiento hipotético e improbable, sin que exista prueba que lo corrobore y sin contar con elementos ciertos, concretos y categóricos para su determinación, mucho menos con una pericia contable que posibilitara determinar la existencia de la disminución de los ingresos. Finalmente, respecto la multa civil afirmó que existe una evidente contradicción entre los argumentos vertidos en la sentencia donde se señala que es de carácter restrictivo, y para casos de dolo o culpa grave, y luego sobre la base de consideraciones genéricas, que no denotan la gravedad exigida para su admisibilidad, se la aplica. Formula reserva del Caso Federal y, en resumen, pide se revoque el reconocimiento de las partidas indemnizatorias acogidas; con costas.

4.- En el responde de fs. 246/249, la Dra. JULIETA IRIGOYTÍA, letrada apoderada de la actora NATALIA VERÓNICA EGUIBAR (Poder Especial de fs. 1), básicamente postula el rechazo del recurso y la confirmación del pronunciamiento objetado. Reseña que la sentenciante, en el marco de la Ley de Defensa al Consumidor, admitió el incumplimiento contractual endilgado a la contraria, aseverando que el daño moral quedó

configurado con toda la prueba producida en el juicio, haciendo hincapié que en este ámbito los presupuestos son diferentes al ámbito de la responsabilidad civil. En relación al lucro cesante, sostiene que se trata de una mera discrepancia con los argumentos brindados para su reconocimiento; destaca a su vez que su mandante no es una empresaria, sino que es un emprendimiento familiar y que la prueba pretendida resulta dificultosa, insistiendo que la pérdida de ventas por la falta de postnet es innegable, añadiendo que determinado el daño, ha sido correcta la aplicación de la facultad prevista por el art. 162 del código de forma para establecer su cuantificación. Atinente al daño punitivo, enuncia que quedó demostrado el maltrato de la empresa accionada, explicando que en la instancia administrativa prometió el cambio de aparato telefónico y en sede judicial evadió dolosamente toda colaboración. En resumen, interesa la confirmación de la sentencia; con costas.

5.- Descriptos brevemente como quedarán los fundamentos del pronunciamiento impugnado, como las quejas vertidas por la recurrente, corresponde a continuación ingresar al análisis de los agravios formulados, los cuales se circunscriben a las partidas indemnizatorias admitidas -"daño moral", "lucro cesante" y "daño punitivo"-.

En dicho cometido, estimo útil repasar que llega firme a esta instancia, y por ende inabordable por el tribunal, el encuadre normativo asignado al objeto reclamado en el pleito a partir de la relación que ligó a la actora con la empresa telefónica demandada (Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 y sus modificatorias), que tornan además aplicables las nuevas leyes supletorias más favorables al consumidor (art. 7 CCyC -Ley 26.994, que comenzó a regir el 1 de agosto de 2015 -art. 1 Ley 27.077-), así como también el incumplimiento contractual atribuido a la accionada -demora en la instalación de la línea telefónica contratada para el domicilio de la accionante y deficiente funcionamiento del aparato telefónico entregado-, quedando de esa forma configurada la conducta antijurídica de la accionada que dio sustento a la condena impuesta.

Ahora bien, tocante a las partidas indemnizatorias, en el promocional se reclama la suma global de \$ 30.000,00 en concepto de daños y perjuicios, describiéndose las distintas gestiones realizadas por Eguibar frente a la empresa o bien a través de la Dirección de Defensa del Consumidor local, reseñándose a su vez que la falta de instalación de oportuna instalación de la línea telefónica contratada en su domicilio particular, donde además funciona una forrajería ("La Herencia"), no sólo ha impedido una adecuada comunicación con el resto de la familia que no reside en esta ciudad, sino también ha tenido implicancias negativas en la actividad comercial, ocasionando la imposibilidad de usar el postnet la realización de operaciones de venta mediante la utilización de tarjetas de

crédito y/o débito; y en virtud de lo establecido por el art. 52 bis de la LDC, pidió asimismo la aplicación de la multa allí prevista (cfr. fs. 117/123, Apartado III).

La magistrada de grado, precisando que la reseña resultaba vaga e imprecisa, echó mano al principio *iura novit curia* y delimitó los ítems a ponderar -"daño moral", "lucro cesante" y "daño emergente"-, sin que tal aspecto del decisorio hubiera sido objeto de puntual y concreta impugnación, quedando entonces así limitado el ámbito de conocimiento de la Sala a los objetados tópicos indemnizatorios reconocidos.

5.a.- En primer término la demandada cuestiona el "daño moral" admitido (en rigor "indemnización de las consecuencias no patrimoniales" en la terminología del art. 1741 del Código Civil y Comercial de la Nación -Ley 26.994-, que entró a regir el 1 de agosto de 2015 -art. 1 Ley 27.077-, es decir con anterioridad a la fecha del dictado de la sentencia de autos), exponiendo que en el ámbito de la responsabilidad contractual el mismo reviste carácter restrictivo y que la actora no mencionó ningún hecho o motivo de sufrimiento

La demandada-apelante afirma que en el ámbito de la responsabilidad contractual el "daño moral" es de carácter restrictivo, acotando que en el escrito postulatorio la actora no mencionó un solo hecho o motivo de sufrimiento, dolor, afectación de su espíritu para determinar su existencia, agregando que tampoco produjo prueba para acreditarlo.

La *a quo*, tomando en consideración las pautas explicitadas por esta alzada en el precedente "Botto" (11/6/2015, Nº 4954/C), describió las gestiones previas realizadas por Eguibar no sólo frente a la accionada, sino además recurriendo a la Dirección de Defensa al Consumidor, el incumplimiento de lo convenido, la ausencia de ofrecimiento alguno en la audiencia de mediación previa obligatoria, la falta de colaboración en la etapa de prueba, por lo cual haciendo hincapié en la relación de consumo existente entre los litigantes, entendió procedente este ítem, para cuya cuantificación acudió al uso de la facultad prevista por el art. 162 del código de forma.

No está en discusión que las partes están ligadas por una relación de consumo, gozando por ende la actora en su carácter de consumidora de la protección reconocida por la Ley de Defensa del Consumidor, haciéndose operativa la garantía contemplada por el art. 42 de la Constitución Nacional (art. 1 Ley 24.240, mod. por el art. 1 de la Ley 26.361 -art. 1092 del Código Civil y Comercial-).

No cabe duda alguna que la inadecuada o deficiente prestación del servicio de telefonía apareja para el usuario que lo ha contratado perturbaciones de distinta índole que repercuten en el desenvolvimiento de sus vidas, así como en las actividades comerciales o

profesionales que eventualmente realicen, alteraciones que no pueden ser desconocidas por las prestadoras de estos servicios.

Indudablemente la incomunicación, generada en este caso por la demora en la instalación de la línea telefónica (pedida en noviembre de 2011 e instalada en 1 de agosto de 2012 -ver fs. 7 y 14-), el deficiente funcionamiento del aparato entregado (fs. 14) y el ofrecimiento de su reemplazo (fs. 20 -19/10/2012-), no cumplimentado (fs. 22 -16/1/2013-), que dio lugar al presente reclamo por vía judicial, no sin antes recurrir a la mediación previa obligatoria en la que no obtuvo ninguna satisfacción (fs. 106/106 vta.), es suficiente por sí misma para generar angustia e impotencia, sobre todo en una época en que el desarrollo tecnológico la hace injustificable, a lo que debe sumarse el tiempo dedicado al reclamo efectuado por medio de la Dirección de Defensa del Consumidor local, con obvia incidencia en el ánimo particular de la usuaria damnificada.

En orden a ello y dado que las alteraciones anímicamente perjudiciales deben ser resarcidas (arg. arts. 1738 y 1741 del CCyC), entendiendo debidamente demostrada su existencia, esto es que la actitud incumplidora de la demandada provocó una pérdida de tiempo en los reclamos que tuvo que realizar, que exceden la normal tolerancia del consumidor, así como también verificada una conducta de la demandada reñida con la buena fe (art. 9 código citado), conllevan a desestimar este aspecto del recurso.

5.b.- En cuanto atañe a la impugnación referida al "lucro cesante" reconocido, aduce la quejosa que la jueza ha seguido un razonamiento hipotético y conjetural, admitiendo la procedencia del rubro a pesar de no contar con sustento probatorio que permita verificar la pérdida de ganancias ni mucho menos cuantificarlas, precisando que la pericial contable producida no aporta datos necesarios para corroborar los ingresos de la actora.

En lo que aquí respecta, en el escrito inaugural se afirmó que Eguibar es dueña de un local comercial -"La Herencia"-, que funciona en el mismo domicilio donde se requirió se instalara la línea telefónica en cuestión, que de esa actividad surgen los únicos ingresos del grupo familiar, que está sujeta al régimen de monotributo, "...por lo que para usar el postnet con clientes que utilizan tarjeta de débito/crédito se requiere la utilización de teléfono fijo, a lo que nunca pudo darle operatividad por la falta de dicho requisito exigible, no quedándole otra opción que admitir únicamente pagos en efectivo de los clientes, con las consecuentes pérdidas de ventas, ..." (sic. fs. 119 vta., letra d, párrafo segundo).

La indemnización por lucro cesante tiene por objeto reparar la pérdida de ingresos o de utilidades no percibidas por el damnificado (art. 1738 CCyC) y si bien para su procedencia no es necesaria la prueba

fehaciente de su cuantía, quien pretenda la reparación debe desarrollar un mínimo de actividad probatoria tendiente a demostrar, con razonable eficiencia y grado de convicción, las alegadas ganancias dejadas de percibir, ya que no cabe admitirlo sobre la base de meras inferencias (JORGE MARIO GALDÓS, "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", LORENZETTI Director, Tomo VIII, pág. 484, Rubinzal-Culzoni, 2015).

En función de ello y surgiendo del examen del material probatorio incorporado al juicio que la accionante ha omitido producir prueba destinada a acreditar la ganancia dejada de percibir o que se ha visto privada, ni tampoco se ocupó de aportar elementos concretos que autoricen a presumir la disminución de modo fidedigno, apreciando a este fin notoriamente insuficiente la información suministrada por la perito contadora (cfr. dictamen de fs. 169/174) -se ha omitido proporcionar una explicación relacionada con la conformación de los montos anuales de facturación informados y de la incidencia que han tenido las ventas concretadas mediante el pago con tarjetas de débito y/o crédito en los años indicados (ver fs. 171)-. Acorde con ello y desde que la ganancia dejada de percibir no puede tampoco inferirse de los informes emitidos por ATER (fs. 185) y AFIP (fs. 193/195), corresponde admitir este tópico del recurso.

5.c.- Por último, critica la empresa demandada el reconocido "daño punitivo", sosteniendo básicamente que se ha admitido su procedencia con sustento en presupuestos inexistentes y en contradicción con los requisitos fijados postulados por la doctrina y jurisprudencia nacional.

En tal sentido, estimo útil recordar que el art. 52 bis de la Ley 24.240 (t.o. Ley 26.361), regula una manera de reparación a través de una multa civil otorgada al damnificado de un daño injusto originado en inconductas o incumplimientos de proveedores de bienes y servicios, persiguiendo una finalidad disuasiva que contribuye a reencauzar la conducta de las empresas y prevenir eventuales daños futuros a usuarios y consumidores, desalentando que incurran en conductas similares.

La Excma. Sala Civil y Comercial del Superior Tribunal de Justicia ha señalado que la aplicación de esta multa civil (en referencia a la prevista por el art. 52 bis de la LDC), además de revestir carácter excepcional y ser de interpretación restrictiva, tiene como fin "...disuadir al demandado fabricante, etc., para que no persista en esos menesteres susceptibles de originar eventuales acontecimientos dañosos futuros. La doctrina autoral da cuenta del consenso que hay en cuanto a que las indemnizaciones o daños punitivos sólo proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado o por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o, en casos excepcionales, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando

ello evidencia menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva" (in re:- "De la Cruz Mariano Ramón c/ Renault Argentina S.A. y Otra S/ Sumarísimo", 27/6/2011. En igual sentido, CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, "Derecho de las Obligaciones", Tomo VI, págs. 323/324, 4ª edición aumentada y actualizada por Félix A. Trigo Represas, La Ley, 2010).

Sobre la base de tales pautas, advierto que en la especie aparece debidamente acreditada la conducta reprochable de la empresa telefónica demandada, quien no sólo demoró injustificadamente la instalación de la línea telefónica pedida, sino que además tampoco dio oportuna y rápida solución al deficiente funcionamiento del aparato telefónico entregado, obligando a la consumidora a transitar el camino del reclamo administrativo ante la Dirección de Defensa del Consumidor local (cfr. constancias de fs. 2/37) y ante su fracaso acudir a la instancia judicial, previo trámite de la mediación obligatoria (acta de fs. 106/106 vta.).

En consonancia con ello, entiendo que en el caso se encuentran debidamente satisfechos los presupuestos necesarios para la procedencia de la sanción bajo estudio, observando en efecto una conducta reprochable de la empresa, quien sin mediar una explicación razonable, groseramente incumplió con la obligación esencial a su cargo, esto es de proveer al servicio telefónico de los usuarios que lo soliciten, originando que la actora debiera acudir ante la Dirección de Defensa del Consumidor y ante su fracaso proceder al reclamo judicial, configurándose de esa manera un accionar dilatorio, que debe ser calificado de grave y merecedor por tanto de la sanción reclamada en los términos del art. 52 bis de la LDC.

En función de lo señalado precedentemente, valorando la gravedad del incumplimiento y la conducta asumida por demandada tanto en forma previa como durante la sustanciación del proceso, encuentro ajustado lo decidido por la *a quo* sobre el particular, tornándose de tal forma inaudible la queja ensayada a este respecto.

6.- Bajo la óptica de los argumentos explicitados y de ser ello compartido, propongo receptor parcialmente el recurso de apelación interpuesto a fs. 223 y consecuentemente modificar parcialmente la sentencia impugnada recaída a fs. 212/219, dejando sin efecto la condena relacionada con el rubro "lucro cesante", confirmándosela en lo demás que ha sido materia de recurso; con costas de alzada en un 60% a cargo de la apelante, debiendo el 40% restante ser soportadas por la actora (art. 68 CPCyC).

Asimismo, de conformidad con lo preceptuado por el art. 271 del CPCyC, corresponde adecuar en este mismo porcentaje la distribución de la condena en costas dispuesta en primera instancia, y dejar sin efecto los honorarios regulados en el Punto III de la parte resolutive, debiendo en la instancia de origen procederse a su nueva cuantificación, tomando en

consideración el nuevo resultado del pleito.

ASÍ VOTO.

A LAS MISMAS CUESTIONES PLANTEADAS EL SR. VOCAL DR. GUSTAVO A. BRITOS, DIJO:-

Que por compartir sus fundamentos, adhiero a la solución auspiciada por el vocal preopinante.

ASÍ VOTO.

A LAS MISMAS CUESTIONES PROPUESTAS LA SRA. VOCAL DRA. ANA CLARA PAULETTI, DIJO:-

Que existiendo mayoría hace uso de la facultad de abstenerse de emitir su voto, conforme lo autorizado por el art. 47 de la L.O.P.J. (texto según Ley 9234).

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordada la Sentencia siguiente:-

GUILLERMO OSCAR DELRIEUX

GUSTAVO A. BRITOS

ANA CLARA PAULETTI

(abstención)

ante mí:-

DANIELA A. BADARACCO
Secretaria

S E N T E N C I A:-

GUALEGUAYCHU, 29 de diciembre de 2017.

Y V I S T O:-

Por los fundamentos del Acuerdo que antecede; por mayoría,

S E R E S U E L V E:-

1.- HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de apelación

interpuesto a fs. 223 por el letrado apoderado de "TELECOM ARGENTINA S.A." y, en consecuencia, **modificar** parcialmente la sentencia impugnada dictada a fs. 212/219, dejando sin efecto la condena impuesta en concepto de "lucro cesante", confirmándose el pronunciamiento en crisis en lo demás que ha sido objeto de agravios.

2.- READECUAR la condena en costas decidida en el pronunciamiento de primera instancia (Punto II de la parte resolutive), distribuyéndoselas en un SESENTA POR CIENTO (60%) a cargo de la demandada y el restante CUARENTA POR CIENTO (40%) a cargo de la actora, estableciéndose las de alzada en idéntico porcentaje (arts. 271, 65 y 68 del CPCyC).

3.- DEJAR sin efecto los honorarios regulados en primera instancia (Punto III de la parte resolutive del fallo), debiendo la judicante de grado proceder a su nueva estimación, atendiendo a la modificación ahora reconocida; **fijando** los honorarios por la tarea profesional desarrollada en esta alzada, en un 40% de los importes que correspondan a la regulación de primera instancia, encomendándose su cálculo a la Señora juez de grado.

REGÍSTRESE, notifíquese y, en su oportunidad, **bajen**.

ANA CLARA PAULETTI

GUSTAVO A. BRITOS

GUILLERMO OSCAR DELRIEUX

ante mí:-

DANIELA A. BADARACCO
Secretaria

En/..../2017 se registró en soporte informático (Acuerdo S.T.J N° 20/09 del 23/06/09 Punto 7). Conste.

DANIELA A. BADARACCO
Secretaria

